

N.F. N° - 281317.0394/22-4
NOTIFICADO - BIOTECH LOGÍSTICA LTDA. EPP
NOTIFICANTE - JONEY CESAR LORDELLA DA SILVA
ORIGEM - DAT METRO / IFMT / POSTO FISCAL HONORATO VIANA
PUBLICAÇÃO - INTERNET 27/02/2023

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF N° 0021-02/23NF-VD**

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. DIFAL. REMETENTE LOCALIZADO EM OUTRA UNIDADE DA FEDERAÇÃO. EC 87/15 E CONVÊNIO 93/15. Deixou a Notificada de recolher o ICMS DIFAL destinado a consumidor final, não contribuinte do imposto. A escolha da via judicial pelo sujeito passivo implica renúncia à discussão da lide na esfera administrativa, devendo o PAF ser encaminhado para a Procuradoria Geral do Estado, através de sua Procuradoria Fiscal, para adoção das medidas cabíveis. Instância única. Notificação Fiscal. Defesa **PREJUDICADA**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A Notificação Fiscal em epígrafe, **Trânsito de Mercadorias**, lavrada em 23/05/2022, exige do Notificado ICMS no valor histórico de R\$ 14.125,42, mais multa de 60%, equivalente a R\$ 8.472,25, perfazendo um total de R\$ 22.600,67, em decorrência do cometimento da seguinte infração:

Infração 01 - 050.001.002: Deixou o estabelecimento remetente de mercadoria ou bem e o prestador de serviço destinados a consumidor final, não contribuinte do imposto, de recolher o ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na hipótese do inciso XVI do art. 4º da lei de nº 7.014/96.

Enquadramento Legal: Inciso II do § 4º do art. 2º, inciso XVI do art. 4º e item 2º da alínea “J” do inciso I e o item 2 da alínea “c” do inciso II do art. 13 Lei de nº 7.014/96 c/c EC de nº 87/15 e Convênio 93/15. Multa prevista na alínea “f” do inciso II do art. 42 da Lei de nº 7.014/96.

Na peça acusatória o Notificante descreve os fatos que se trata de:

“Em ação fiscalizatória, iniciada com base no Termo de Ocorrência Fiscal de nº. 2323561051/22-3, o qual consta em anexo junto com outros documentos probatórios, foram analisadas as operações da NF-e de nº. 0.215, nas quais são enviados produtos/mercadorias de Minas Gerais para destinatário estabelecido no Estado da Bahia, não inscrito no cadastro de contribuintes de ICMS deste Estado. Em face da análise das operações da NF-e referida, foi constatado que não se recolheu o ICMS (DIFAL) no montante equivalente à diferença entre o valor resultante da aplicação da alíquota utilizada na operação interna no Estado de destino e o valor resultante da aplicação da alíquota utilizada na operação interestadual no Estado de origem”.

Anexo aos autos, dentre outros, encontram-se **cópias dos seguintes documentos**: a Notificação Fiscal de nº. 2813170394/22-4, devidamente assinada pelo **Auditor Fiscal** (fl. 01); o Demonstrativo de Débito (fl. 03); o **Termo de Ocorrência Fiscal** nº. 2323561051/22-3 (fls. 04 e 05) datado de 23/05/2022 – às 09h59min; o demonstrativo memória do cálculo elaborado pelo Notificante (fl.06); o DANFE da Nota Fiscal Eletrônica – **NF-e de nº. 215** (fl. 07), Natureza da Operação – Outra saída de Mercadoria ou Prestação de Serviço não Especificado - **CFOP de nº. 6949**, emitido na data de 20/05/2022, pela **Empresa Biotech Logística Ltda.**, localizada no Estado de **Minas Gerais**, carreando as mercadorias com NCM de nº. 4015.19.00 (Luva Nitrílica), e tendo como destinatário a **Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares - EBSERH.**, localizada no **Município de Salvador**,

no Estado da Bahia, **CNPJ de nº 15.126.437/0029-44**; Relação das Empresas que tiveram a Liminar Suspensa (fl. 09); documento datado de 23/05/2022 indicando que “Não foi localizado nenhum pagamento para o usuário informado”; o documento do motorista e do caminhão (fls. 14 e 15);

A Notificada se insurge contra o lançamento, através de Advogado manifestando impugnação, onde a peça de defesa consta apensada aos autos (fls. 25 a 34), protocolizada na SAT/DAT METRO/CPAF na data de 26/08/2022 (fl. 24).

Em seu arrazoado a Notificada iniciou sua defesa alegando a sua tempestividade e no tópico “**Dos Fatos – Síntese da Autuação e Elementos de Contestação**” onde descreveu a infração lhe imputada, o valor e que conforme demonstrado à Fiscalização no Posto Fiscal Honorato Viana durante o trânsito das mercadorias, a Notificada já havia realizado, na mesma data da ocorrência (23/05/2022), o depósito judicial do valor total do imposto (doc.03), objeto da presente Notificação Fiscal, nos autos do Mandado de Segurança Preventivo de nº 8006492-82.2022.8.05.0001, em trâmite perante a 3º Vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador- BA (doc. 04) e conforme a ela facultado, nos termos do artigo 151, II do CTN, assim sendo, uma vez que a Notificada se encontra devidamente amparada pela legislação, é impossível ao Estado da Bahia exigir o ICMS – Difal devido no trânsito das mercadorias constantes na Nota Fiscal de nº 215.

Assinalou no tópico “**Do Direito – Depósito do Montante Integral do Imposto Suspensão da Exigibilidade**” de que a possibilidade do Contribuinte realizar o depósito do crédito tributário, está previsto no art. 151, inciso II do CTN, onde feito o depósito integral do montante equivalente ao crédito tributário, **fica suspensa a exigibilidade de tal crédito**, justamente pela relação de garantia que se estabelece entre as partes (contribuintes e Estado).

Art. 151. Suspendem a exigibilidade do crédito tributário:

(...)

II – o depósito do seu montante integral;

Consignou que conforme exposto, a Notificada **ingressou com Mandado de Segurança Preventivo** de nº 8006492-82.2022.8.05.0001, em trâmite perante a 3º Vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador- BA, visando **obter autorização judicial para deixar de recolher em favor** do Estado da Bahia durante o ano-calendário de 2022, a parcela do DIFAL-ICMS, sendo que após análise do pedido liminar, o Excelentíssimo Magistrado, proferiu decisão, em suma nos seguintes termos (doc. 04):

(...)

Posto isso, concedo a liminar para determinar que a autoridade impetrada, ou quem suas vezes fizer, por si ou por seus agentes, abstenha-se de praticar todo e qualquer ato tendente cobrança do ICMS-DIFAL com base na Lei Estadual de nº. 14.4125/2021, a exemplo de impedir ou apreender mercadorias, promover a inscrição do nome da impetrante em cadastros do tipo CADIN e SERASA etc, até que a Lei Complementar de nº. 190/2022 passe a produzir efeitos.

Explicou que, posteriormente à concessão da liminar acima transcrita, o Tribunal de Justiça do Estado da Bahia atendeu ao pedido do governo do aludido Estado nos autos do processo nº 8005145-17.2022.8.05.0000, **concedendo a suspensão dos efeitos das liminares concedidas** nos processos que possuem como objeto a suspensão de cobrança do ICMS-DIFAL no aludido Estado, contudo, o depósito do crédito tributário, previsto no artigo 151, II, do CTN, é uma faculdade dos Contribuintes e não prescinde de autorização judicial, citando, nesse sentido decisões proferidas nos autos de nº 5046346-43.2022.8.13.0024, em trâmite na 2º Vara de Feitos Tributários de Belo Horizonte/MG e nos autos de nº 0001511-34.2022.8.16.0004, em trâmite na 3º Vara da Fazenda Pública de Curitiba/PR e em posicionamentos respaldado na farta jurisprudência do STJ (fls. 28 a 32).

Afirmou que exercendo a faculdade que lhe assiste, a Notificada realizou o depósito judicial do valor total do imposto devido a título de DIFAL-ICMS, referente a Nota Fiscal de nº 215, anexada a presente (doc. 03) e devidamente apresentada ao Posto Fiscal Honorato Viana, no momento do

trânsito da mercadoria. Contudo, por motivos que a ora Defendente desconhece, o fato não consta na Notificação Fiscal em epígrafe.

Destacou que o depósito tem caráter de garantia; não é um pagamento e tampouco uma consignação do valor devido. Tanto é verdade que o legislador considera o depósito como uma das causas de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, não de extinção do crédito, sendo que se ao final da lide, restar decidido que o crédito tributário é realmente devido ao Fisco, haverá, então, a conversão do depósito em renda em favor do Estado e, apenas nesse momento, é o que o crédito será extinto, em conformidade com o art. 156, inciso VI do CTN:

Art. 156. Extinguem o crédito tributário:

(...)

VI – a conversão de depósito em renda;

Tratou que o depósito envolve três elementos: (I) o crédito, (II) o garantidor e (III) o beneficiário, revelando-se como um meio de o credor proteger-se contra eventual insolvência do devedor e um meio de o devedor não sofrer os encargos da mora, e que no processo tributário, o depósito feito com a finalidade de garantir o débito e permitir a discussão acerca de sua exigibilidade é um ato voluntário do contribuinte, assim como foi realizado pela Defendente nos autos do Mandado de Segurança Preventivo de nº 8006492-82.2022.8.05.0001.

Finalizou no tópico “**Do Pedido**” que diante de todo exposto, requer a Notificada que seja a presente Defesa julgada totalmente procedente para cancelar integralmente a Notificação Fiscal de nº 281317.0394/22-4, em virtude da realização do depósito do montante integral do crédito, estando, portanto, suspensa a sua exigibilidade, nos termos do artigo 151, II do CTN.

Verifico que por ter sido revogado o art. 53 do RPAF/99 através de norma publicada em **18/08/2018**, referente ao Decreto de nº 18.558/18, não consta a Informação Fiscal.

Distribuído o Processo Administrativo Fiscal - PAF para esta Junta, fiquei incumbido de apreciá-lo. Entendo como satisfatórios para formação do meu convencimento os elementos presentes nos autos, estando o PAF devidamente instruído. É o relatório.

VOTO

A Notificação Fiscal, Trânsito de Mercadorias, lavrada em 23/05/2022, exige do Notificado ICMS **no valor histórico de R\$ 14.125,42**, mais multa de 60%, equivalente a R\$ 8.472,25, perfazendo um total de R\$ 22.600,67, em decorrência do cometimento da Infração **(050.001.002) de deixar o estabelecimento remetente de mercadoria** ou bem e o prestador de serviço destinados a consumidor final, não contribuinte do imposto, **de recolher o ICMS decorrente da diferença entre alíquotas internas e interestaduais**.

O enquadramento legal seguiu a Infração tipificada referenciando ao Inciso II do § 4º do art. 2º, inciso XVI do art. 4º e item 2º da alínea “J” do inciso I e o item 2 da alínea “c” do inciso II do art. 13 Lei de nº 7.014/96 c/c EC de nº. 87/15 e Convênio 93/15 e Multa prevista na alínea “f” do inciso II do art. 42 da Lei de nº 7.014/96.

Tem-se que a presente Notificação Fiscal resultou de uma ação de fiscalização realizada por Autoridade Fiscal do Posto Fiscal Honorato Viana (fl. 01), relacionado ao DANFE da Nota Fiscal eletrônica (NF-e) **de nº. 215**, emitido na data de **20/05/2022**, pela **Empresa Biotech Logistica Ltda.**, localizada no Estado de **Minas Gerais**, carreando as mercadorias com NCM de nº. 4015.19.00 (Luva Nitrílica), e tendo como destinatário a Empresa **Brasileira de Serviços Hospitalares - EBSERH**, sem o pagamento do diferencial de alíquotas do ICMS nas operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final não contribuinte do ICMS, localizado em outra Unidade Federada, em consonância com a exigência estabelecida no inciso IV do artigo 2º da Lei de nº 7.014/96, e em consonância com a cláusula primeira do Convênio ICMS 93/2015.

Relativamente ao momento da **instantaneidade da ação fiscal** do trânsito de mercadorias, essa ocorreu às **09h59min**, na mesma data da **lavratura**, ou seja, em **23/05/2022**, entretanto, esta se fez tempos depois às **16h42min**. Consta nos autos a consulta realizada no momento da ação fiscal às **08h25min** dos pagamentos realizados pela Notificada, indicando que “**Não foi localizado nenhum pagamento para o usuário informado**”, bem como, a Relação de Empresas que tiveram a **Liminar Suspensa**, donde se encontra o nome da Notificada, e, o comprovante de pagamentos de títulos do Banco do Brasil, efetuado pela Notificada no horário das **15h10min**, na data de **23/05/2022**, referente a Depósito Judicial outros Tribunais CNPJ de nº 13.100.722/001-60 no valor de **R\$ 14.125,42**, sendo este o mesmo valor “Subtotal Partilha (100%) constante na presente Notificação Fiscal (fl. 01).

Entendo que antes de que seja feito qualquer exame acerca dos aspectos preliminares, procedimentais e meritórios em torno do presente lançamento, exsurge uma questão prejudicial que inviabiliza a prossecução do julgamento e a continuidade do debate administrativo da exigência tributária.

Verifica-se que a Notificada impetrou na data de **20/01/2022 Mandado de Segurança Cível** de nº 8006492-82.2022.8.05.0001, em trâmite perante a 3º Vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador- BA, visando **obter autorização judicial para deixar de recolher em favor** do Estado da Bahia durante o ano-calendário de 2022, a parcela do DIFAL-ICMS, com pedido de liminar, a qual fora concedida na data de 27/01/2022, donde o Excelentíssimo Magistrado, proferiu decisão, em suma nos seguintes termos:

(...)

Posto isso, concedo a liminar para determinar que a autoridade impetrada, ou quem suas vezes fizer, por si ou por seus agentes, abstenha-se de praticar todo e qualquer ato tendente cobrança do ICMS-DIFAL com base na Lei Estadual de nº. 14.4125/2021, a exemplo de impedir ou apreender mercadorias, promover a inscrição do nome da impetrante em cadastros do tipo CADIN e SERASA etc., até que a Lei Complementar de no. 190/2022 passe a produzir efeitos. (grifei)

Note-se ser claro o *decisum* no tocante de que a autoridade impetrada (Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia) se abstivesse de praticar todo e qualquer ato tendente a cobrança do **ICMS-DIFAL**, o qual fora cumprido até o momento em que a autoridade impetrada, através de recurso contra a liminar concedida **logrou êxito em sua cassação**, assim, na lição de Hely Lopes Meirelles, “**uma vez cassada a liminar** ou cessada a sua eficácia, voltam as coisas ao status quo ante”. Neste sentido pode-se lavrar a presente Notificação Fiscal de nº **2813170394/22-4**.

Entretanto, o Mandado de Segurança é uma **medida judicial** a qual procura, com rapidez, um direito considerado “líquido e certo”, ou seja, um direito facilmente demonstrável, garantido por lei ou expresso em regulamento ou norma, que esteja sendo violado ou prestes a ser violado por uma autoridade. É chamado de remédio jurídico **por ser um mecanismo mais rápido** para se obter a garantia pretendida e **admitir decisão liminar**, possibilitando que o juiz determine desde logo que o direito seja garantido, **antes de julgar em definitivo o mérito do pedido**. Assim sendo, inerente ao Mandado de Segurança **está a liminar** que se presta para assegurar o direito, reparando, logo no início da demanda, ainda que provisoriamente, a violação cometida.

Do deslindado não consta nos autos o julgamento definitivo da medida judicial impetrada na data de **20/01/2022, anterior à lavratura da notificação**, nesta esteira, o RPAF-BA/99 é cristalino ao determinar que a **propositura de medida judicial** pelo contribuinte implicar-se-á na desistência da impugnação na seara administrativa, consoante a inteligência do art. 117, a saber:

“Art. 117. A propositura de medida judicial pelo sujeito passivo importa a renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa ou a desistência da impugnação ou recurso acaso interposto.

§ 1º O Auto de Infração será remetido à DARC para inscrição na Dívida Ativa, na forma prevista no art. 113:

I - na fase em que se encontre, tratando-se de ação judicial relativa a Auto de Infração preexistente;

II - imediatamente após a sua lavratura ou quando se tomar conhecimento da existência da ação judicial, quando esta for anterior ao Auto de Infração, caso a discussão judicial diga respeito especificamente à matéria objeto do procedimento administrativo” (negritos da transcrição).

Constata-se que regra semelhante se encontra resguardada na Lei de nº. 3956/81 (Código Tributário do Estado da Bahia – COTEB), pelo comando do art. 126, c/c o art. 127-C, IV:

“Art. 126. Escolhida a via judicial pelo contribuinte, fica prejudicada sua defesa ou recurso, importando tal escolha a desistência da defesa ou do recurso interposto, considerando-se esgotada a instância administrativa, devendo o processo administrativo ser remetido à PROFIS para controle da legalidade e adoção das medidas cabíveis”.

Art. 127-C. Encerra-se o processo administrativo fiscal, contencioso ou não, com:

(...)

IV - a desistência da defesa ou do recurso, inclusive em decorrência da escolha da via judicial”.

Portanto, ao tomar esta Relatoria ciênciça da existência de **Mandado de Segurança**, que se discute matéria de deixar-se de recolher em favor do Estado da Bahia a parcela do DIFAL-ICMS, e que a sua tutela de urgência fora cassada, a qual inibia a pratica de todo e qualquer ato tendente a esta cobrança, possibilitando a exigência da presente lavratura, dúvidas não se quedam de que qualquer apreciação acerca da impugnação do contribuinte restou **prejudicada**, em face do esgotamento da instância administrativa, devendo o Processo Administrativo Fiscal – PAF ser encaminhado ao setor competente.

Isto exposto, tenho a Notificação Fiscal como subsistente, tendo em conta estar a defesa apresentada prejudicada.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, em instância ÚNICA, julgar **PROCEDENTE** a Notificação Fiscal de nº **281317.0394/22-4**, lavrada contra **BIOTECH LOGISTICA LTDA. EPP**, no valor de **R\$ 14.125,42**, acrescida de multa de 60%, prevista no art. 42, II, “F” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo o feito ser encaminhado para a Procuradoria Geral do Estado, através de sua Procuradoria Fiscal, para adoção das medidas cabíveis.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 06 de fevereiro de 2023

JORGE INÁCIO DE AQUINO - PRESIDENTE

EDUARDO DUTRA FREITAS – RELATOR

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS - JULGADOR